

(IN) APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE NAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS

Miguel Coca GIMENEZ¹
Thaís Bariani GUIMARÃES²

RESUMO: Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriormente com o advento do Código Civil de 2002, este último influenciado pela primeira, uma nova concepção surgiu em nosso ordenamento jurídico. O Direito Civil, apesar de possuir características próprias, começou a observar não somente suas regras, mas também os parâmetros constitucionais, proporcionando assim sua aplicação conforme a Constituição Federal. Nesse contexto, o Direito Contratual começa a observar os valores/princípios da boa-fé e da função social, e conseqüentemente, é superada a idéia de que o contrato geraria efeitos apenas entre as partes, uma vez que a sociedade também é influenciada pelos efeitos contratuais, assim como também pode influenciar em sua execução. É nessa última perspectiva que surge a Doutrina do Terceiro Cúmplice, que, em linhas gerais, veda que terceiros possam influenciar negativamente as partes contratuais, e, caso provoque prejuízo para algum dos contratantes, deverá indenizá-lo. Partindo dessa premissa, discute-se a possibilidade da aplicação de tal doutrina nas relações matrimoniais, lembrando que parte da doutrina entende ter o casamento natureza jurídica de contrato. Contudo, a discussão não se esgota em definir a natureza jurídica do casamento, devendo ser aprofundada através de uma análise sistemática de nosso ordenamento jurídico, incluindo aqui os deveres conjugais e o instituto da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Ética/Moral. Contratos. Função Social. Teoria do Terceiro Cúmplice. Casamento.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como principal objetivo tecer considerações sobre a possibilidade ou não da aplicação da Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais.

De início é imprescindível destacar a complexidade de tal tema, sendo que em nenhum momento estabelecemos a pretensão de esgotá-lo aqui, mas sim

¹ Bacharel do curso de Direito e Pós-Graduado do curso de Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. miguelcocagimenez@gmail.com.

² Bacharela em Direito e Discente da Especialização em Interesses Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: thabariani@hotmail.com.

de tecer importantes considerações sobre a sua aplicação ou não, sempre ressaltando a necessidade de interpretá-lo a luz do sistema jurídico pátrio.

Quanto à pesquisa metodológica, foram utilizados neste artigo científico os métodos dedutivo e indutivo. O primeiro justifica-se uma vez que se iniciou de fatos genéricos buscando fatos individuais. Por sua vez, o método indutivo desenvolveu-se por meio de premissas particulares objetivando premissas gerais.

Já com referências aos instrumentos utilizados na elaboração do presente trabalho, destacam-se à análise do direito positivo, de doutrinas, artigos científicos e de jurisprudências.

Primeiramente, para melhor entendermos a possibilidade da aplicação ou não da Doutrina do Terceiro Cúmplice nas relações matrimoniais, faz-se necessário recorrermos a Teoria Geral do Direito e a Filosofia Jurídica, no qual estabeleceremos a relação entre normas éticas e jurídicas, uma vez que o tema aqui abordado apresenta uma alta carga axiológica.

Após a abordagem inicial, passaremos a analisar a Doutrina do Terceiro Cúmplice no Direito das Obrigações, mais precisamente aplicada nos contratos, uma vez que sua criação e seu desenvolvimento estão vinculados a este ramo do Direito Civil.

Teceremos também considerações sobre o casamento, principalmente no aspecto de sua natureza jurídica, ou seja, seria o casamento uma instituição social, um contrato ou uma junção de ambos?

Por fim, desenvolveremos a possibilidade ou não da aplicação da Doutrina do Terceiro Cúmplice nas relações matrimoniais, inclusive expondo o atual entendimento jurisprudencial sobre o tema.

2 (IN) APLICAÇÃO DA DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE NAS RELAÇÕES MATRIMONIAIS

2.1 A Relação entre o Direito e a Moral

Antes de tecer qualquer consideração sobre a relação aqui proposta, cumpre ressaltar que esta não é o foco principal de nosso trabalho científico, mas sim um dos alicerces fundamentais para sua compreensão, logo, a relação entre o Direito e a Moral não será abordada de uma forma aprofundada, mas sim na medida suficiente para a compreensão do principal objetivo deste artigo.

Logo no início do fascinante estudo do Direito nos é apresentado uma série de temas que compõem a denominada Teoria Geral do Direito, dentre os quais se encontra a tradicional relação entre o Direito e a Moral, tema este abordado de uma forma aprofundada na Filosofia do Direito.

De plano, podemos afirmar sem sombra de dúvidas que, relacionar Direito e Moral não é tarefa simples. Muito pelo contrário, diversas concepções existem sobre as semelhanças e diferenças entre eles, não havendo em entendimento doutrinário uníssono.

Para simplificarmos a matéria, como dito anteriormente, podemos apontar basicamente três concepções que demonstram a relação existente entre o Direito e a Moral.

A primeira delas é a Teoria do Mínimo Ético, desenvolvida por Georg Jellinek. Para esta teoria o Direito seria uma espécie da Moral, mais precisamente seria a Moral necessária/obrigatória, para a convivência harmônica em sociedade.

Nesse sentido leciona Miguel Reale (2011, p. 42):

A teoria do 'mínimo ético' pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que "tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico".

Contudo, a referida teoria sofre diversas críticas, uma vez que muitas normas jurídicas nada se relacionam com a moral, algumas sendo inclusive imorais, v.g., a legítima defesa que autoriza o homicídio, desde que presente os requisitos previstos em lei.

Já uma segunda concepção, defendida dentre outros, por Christian Thomasius, afirma que o Direito e a Moral são coisas distintas, que não podem ser confundidas. O primeiro refere-se ao plano externo da conduta, ou seja, a própria

conduta materializada. Assim sendo, o Direito preocupar-se-ia exclusivamente com a efetiva conduta.

Logo, a Moral corresponderia ao plano interno da conduta, ou seja, seria a consciência da pessoa, o plano subjetivo dela, e por óbvio, não considerada pelo Direito.

Conforme expõe Miguel Reale (2008, p. 654)

A teoria de Thomasius foi em geral entendida como envolvendo, não apenas uma distinção conceitual de ordem metódica, mas uma *separação real* entre Moral e Direito, como se a ação tivesse sido desdobrada em duas fases materialmente distintas.

Esta teoria, assim como a primeira, é muito criticada, uma vez que o Direito como concebido hoje envolve tanto o plano interno como o plano externo da conduta, a exemplo do que ocorre na diferenciação dos crimes dolos e culposos no Direito Penal e a análise da boa-fé subjetiva nos efeitos contratuais no Direito Civil.

Por fim, o posicionamento que mais nos agrada, e que, sem dúvida alguma é o da maioria da doutrina moderna é a dos círculos secantes. Por ela o Direito e a Moral ao mesmo tempo são campos autônomos, porém, em determinar parcela se confundem, sendo uma coisa só.

Melhor explicando, existem normas exclusivamente morais, exclusivamente jurídicas e normas que ao mesmo tempo são morais e jurídicas.

De acordo com Miguel Reale (2009, p. 43):

Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações – de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, - a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral.

Assim sendo, não podemos incorrer no erro de confundir os dois conceitos, lembrando sempre que caberá a determinada sociedade, através de diversos fatores sociais, tais como os costumes do local, definir quais serão as normas morais tuteladas pelo Direito.

A título de exemplo, estritamente vinculado com o objeto do presente trabalho científico, analisaremos a questão do adultério, ou seja, a relação de um dos cônjuges com um terceiro na constância do casamento.

Inicialmente cumpre destacar que, pelos costumes de nosso país, muito influenciado pelo Direito Canônico, o adultério é vedado em nosso ordenamento jurídico, uma vez que são deveres dos cônjuges a fidelidade recíproca e o respeito/considerações mútuos³.

A relação adúltera, portanto, configura um ilícito civil sendo conseqüentemente tutelada pelo Direito Civil. Notamos aqui uma exata correspondência entre o Direito e a Moral.

No entanto, cumpre observar que o adultério até o ano de 2005 era considerado crime, sendo, portanto, também tutelado pelo Direito Penal⁴.

Sem pretender fazer um juízo de valores sobre a revogação do crime de adultério, o fato é que com sua “abolitio criminis” ocorreu uma diminuição da reprovabilidade jurídica e social diante de tal conduta. Tal entendimento é embasado nos princípios da adequação social e da fragmentariedade do Direito Penal.

Por tais princípios, o referido ramo do Direito cuida apenas dos bens jurídicos mais importantes para a convivência harmônica em sociedade, sendo utilizado apenas quando os demais ramos do Direito se mostram insuficientes/ineficazes.

Consoante Rogério Grego (2014, p. 63):

[...] Contudo, nesse ordenamento jurídico, ao Direito Penal cabe a menor parcela no que diz respeito à proteção desses bens. Ressalta-se, portanto, sua natureza fragmentária, isto é, nem tudo lhe interessa, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

Assim sendo, reafirmamos que o dever de fidelidade entre os cônjuges é um valor moral tutelado pelo direito, e caso não observado será considerado um ilícito jurídico tutelado pelo Direito, porém, em uma intensidade menor que fora outrora.

Feitas tais considerações iniciais, passaremos a abordar a Doutrina do Terceiro Cúmplice propriamente dita.

³ O artigo 1.566 do Código Civil, que traz a presente regra, será analisado em momento posterior.

⁴ O artigo 240 do Código Penal tipificava o delito de adultério, sendo revogado pela Lei 11.106/2005.

2.2 A Doutrina do Terceiro Cúmplice

Com a promulgação da Constituição Federal em 1.988, uma nova percepção do Direito iniciou-se em nosso país. O Direito Privado, que até então era considerado um ramo praticamente estanque do Direito Público, passou a ser estudado e aplicado conjuntamente com este último, surgindo assim, o denominado Direito Civil-Constitucional.

Nesse contexto, o Código Civil de 2.002 aderiu em seu bojo diversos valores e princípios trazidos pela Carta Magna, dentre eles podemos destacar como consectários lógicos da solidariedade social, a função social e a boa-fé.

Dentre os vários artigos que expressam essa nova tendência do Direito Pátrio, destacamos no Código Civil:

[...]

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[...]

Compartilhando desta idéia, lecionam Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p. 144):

[...] Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar -, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – quem tem uma face mercadamente ética e outra solidarista -, instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República”.

Apesar de não ser objetivo do presente artigo científico, cabe-nos tecer breves considerações sobre a boa-fé e a função social, notadamente, aplicados aos contratos, uma vez que a Doutrina do Terceiro Cúmplice tem como alicerces tais princípios.

De forma sucinta, o princípio da boa-fé, nas lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 100): “[...] a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente”.

O princípio da boa-fé subdivide-se em boa-fé subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito ao modo de pensar da pessoa, com ela o agente crê sinceramente que seu modo agir está de acordo com os ditames legais.

Já a boa-fé objetiva refere-se ao modo de agir, ou seja, é uma norma que impõe ao sujeito que suas condutas devem ser pautadas na lealdade, ou seja, agir de forma correta, honesta. É esta a mais empregada na Doutrina do Terceiro Cúmplice.

Com relação à função social, notadamente a função social do contrato, o contrato passa a ser visto não só em seu plano individual, no qual deve ser observada a igualdade substancial e a boa-fé entre os contratantes, mas também merece destaque o enfoque coletivo, ou seja, os efeitos que ele emanará perante a sociedade.

De acordo com Flávio Tartuce (2010, p. 93): “[...] um princípio contratual, de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”.

Partindo-se de tais premissas, notamos que uma nova concepção de contrato começa a predominar em nosso ordenamento jurídico. Na visão clássica, no Direito Contratual uma das máximas jurídicas era o efeito contratual exclusivamente “inter partes”, ou seja, os efeitos oriundos do contrato repercutiam apenas na esfera jurídica dos contratantes.

Atualmente, tal visão encontra-se superada, uma vez que se entende que além dos efeitos “inter partes” há também os efeitos em relação a terceiros, tendo estes últimos efeitos duas perspectivas. A primeira refere-se ao aspecto que o contrato deve respeitar direitos de terceiros, citando como exemplo, a não violação ao meio-ambiente.

Já em uma segunda perspectiva, há um dever por parte da sociedade em respeitar o contrato celebrado entre as partes, não influenciando indevidamente sua execução.

Nesse sentido expõe o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

Partindo-se de tais premissas, chegamos a Doutrina do Terceiro Cúmplice, com aplicação principalmente no Direito Inglês, Francês e Alemão, tal teoria aduz que se um terceiro praticar atos atentatórios em uma relação contratual, este será obrigado a indenizar os prejuízos da parte prejudicada.

Percebemos aqui que a referida doutrina refere-se ao dever imposto a sociedade em respeitar o contrato celebrado pelas partes, não influenciado indevidamente em sua execução.

Entre os principais idealizadores da Doutrina do Terceiro Cúmplice no Brasil destaca-se o Professor Antônio Junqueira de Azevedo. Também merece referência por suas brilhantes contribuições acadêmicas Otávio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 89-91), que aduz:

O papel do terceiro, que atua nas sombras, de modo não-ostensivo, mas assegurando uma rede de proteção ao contraente seduzido, é que está a necessitar uma correta qualificação jurídica, o que se torna possível mediante o uso da doutrina do terceiro cúmplice, enaltecida originalmente no Brasil por Antonio Junqueira de Azevedo, em suas preleções na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como um dos mais interessantes temas do moderno direito obrigacional, e que é a fonte inspiradora deste estudo.

[...]

A doutrina do terceiro cúmplice funda-se num preceito ético de inegável alcance solidário. A violação ao direito das partes pela interferência indevida do terceiro pode e deve ser reparada.

Imprescindível destacar também que a presente doutrina encontra-se expressamente consagrada pelo artigo 608 do Código Civil:

Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.

Nota-se que o presente artigo refere-se ao contrato de prestação de serviço, mas sem dúvida alguma, a Doutrina do Terceiro Cúmplice, se cabível ao caso concreto, pode ser aplicada no Direito Contratual em geral, uma vez que visa evitar danos patrimoniais por conduta de terceiro que desrespeita a boa-fé e a função social do contrato.

Sobre tal questão, importante julgado envolvendo a Doutrina do Terceiro Cúmplice é o caso do cantor Zeca Pagodinho e as Cervejarias Schincariol e Ambev/Brahma. Ressalta-se desde já que o caráter de tal exposição é meramente acadêmico, não havendo nenhum interesse em promover ou desqualificar qualquer uma das marcas citadas.

Em síntese geral, o cantor, no início do presente milênio era associado a cerveja Brahma, uma vez que constantemente fazia propagandas promovendo tal cerveja.

Contudo, em 2003, Zeca Pagodinho e a Cervejaria Schincariol celebraram um contrato de prestação de serviços, no qual aquele passaria a fazer propagandas promovendo a cerveja Nova Schin⁵.

Ocorre que, com o sucesso da referida propaganda, a Cervejaria Ambev/Brahma começou a aliciar o cantor, ainda na vigência contratual entre este e a Cervejaria Schincariol, para retornar a fazer propagandas promovendo sua cerveja.

Nesse contexto, o cantor voltou a fazer propagandas promovendo a cerveja Brahma, inclusive depreciando a antiga propaganda da cerveja Nova Schin, com os seguintes dizeres: “fui provar outro sabor, eu sei... Mas não largo meu amor, voltei”.

Ora, a consequência lógica de tal disputa comercial não podia ser outra se não uma lide. A Cervejaria Schincariol ajuizou uma ação contra a Cervejaria Ambev/Brahma pleiteando uma grande indenização, tendo como fundamento central a Doutrina do Terceiro Cúmplice.

Em primeira instância a demanda foi julgada improcedente, sendo que em grau recursal, teve sua demanda julgada parcialmente procedente pelo E.

⁵ Tal propaganda ficou muito conhecida na época pelo bordão “experimenta”.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo fixada uma indenização a ser paga pela Cervejaria Ambev/Brahma em favor da Cervejaria Schincariol.

Segue abaixo trecho do Acórdão da Apelação Civil nº 9112793-79.2007.8.26.0000, proferida em junho de 2013 pelo Desembargador J.L. Mônaco da Silva:

[...]

Assim resta evidente que a requerida, ao aliciar o cantor ainda na vigência do contrato e veicular a campanha publicitária com referência direta à campanha produzida anteriormente pela autora, causou-lhe prejuízos, porque, por óbvio, foram inutilizados todos os materiais já produzidos pela requerente com tal campanha e perdidos eventuais espaços publicitários já adquiridos e não utilizados.

[...]

O art. 421 do Código Civil prevê o princípio da função social do contrato ao prescrever que 'A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato'. Ora, tal princípio não observado pela requerida ao aliciar o cantor contratado pela requerente e ao se comprometer a pagar eventual indenização que Zeca Pagodinho viesse a ser condenado.

[...]

Ante o exposto, podemos perceber que a Doutrina do Terceiro Cúmplice, apesar de pouco conhecida se comparada com outras, vem ganhando cada vez mais destaque em nossa jurisprudência, uma vez a influência exercida pelo terceiro cúmplice em nossa sociedade é uma prática muito comum.

Ressalta-se que a citada doutrina é enquadrada perfeitamente em questões patrimoniais, como visto acima. Contudo, antes de analisar a possibilidade de sua aplicação nas relações matrimoniais, devemos fazer considerações pontuais em relação ao casamento e, posteriormente, adentrar ao tema proposto em nosso artigo científico.

2.3 Algumas Considerações sobre o Casamento

Como dito anteriormente, antes de tecer qualquer consideração sobre o casamento, esta abordagem se faz fundamental para compreendermos a possibilidade ou não da aplicação Doutrina do Terceiro Cúmplice nele.

O casamento, nas lições de Maria Helena Diniz (2012, p. 51): “[...] é, tecnicamente, o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Sobre o presente conceito, cumpre apenas observar que atualmente, apesar de enorme polêmica⁶, entende-se pela possibilidade do casamento civil de pessoas de mesmo sexo, assim como a união homoafetiva.

Quanto à natureza jurídica do casamento há uma grande divergência em nossa doutrina, podendo ser apontada basicamente três posições.

A primeira corrente entende que o casamento seria uma instituição social. Nesse sentido expõe Maria Helena Diniz (2012, p. 55):

A concepção institucionalista vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam. O casamento é tido como uma grande *instituição social*, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei. As partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolubilidade do vínculo conjugal ou as condições de matrimonialidade da prole, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações.

Já a segunda refere-se ao casamento como um contrato, mais especificamente como um contrato especial, também denominado de “sui generis”. O principal argumento desta corrente seria o consenso entre as partes. Sendo assim, na Teoria do Fato Jurídico, o casamento seria um negócio jurídico.

Dentre os principais argumentos, expõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 115-116):

Quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, tem o seu núcleo existencial no consentimento, sem se olvidar, por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades.

Aliás, no momento da realização do casamento, a autoridade celebrante apenas participa do ato declarando oficialmente a união, uma vez que, no

⁶ Especialmente no que tange ao aspecto religioso.

plano jurídico-existencial, a sua constituição decorreu das manifestações de vontades dos próprios nubentes, no tão esperado instante do “sim”.

Por fim, há a terceira concepção, denominado de mista ou eclética, pela qual o casamento seria ao mesmo tempo um contrato especial e uma instituição social.

Assim expõe Flávio Tartuce (2012, p. 65):

Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (*teoria eclética ou mista*). Quanto à primeira corrente, entendemos que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, achamos exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com *conteúdo patrimonial*. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

Desse modo, melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição.

Apresentadas tais posições, não é nossa tarefa adentrar ao mérito de qual concepção é a prevalente, ou mesmo, de qual somos adeptos, mas sim, como já dito, estabelecer noções para que o objeto de nosso artigo científico possa ser realizado de maneira satisfatória.

Por fim, cumpre destacar os deveres estabelecidos aos cônjuges, abordando os incisos I e V do artigo 1.566 do Código Civil:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

[...]

V - respeito e consideração mútuos.

Pela exegese do presente artigo, em uma relação bilateral recíproca, o dever de um representa o direito do outro, logo, quando um cônjuge acaba traindo o outro ao mesmo tempo em que não cumpre seus deveres conjugais, viola o direito de fidelidade e respeito/consideração de seu cônjuge.

2.4 Análise da Possibilidade da Aplicação da Doutrina do Terceiro Cúmplice nas Relações Matrimoniais

Após uma abordagem inicial da relação entre a Moral e o Direito, da Doutrina do Terceiro Cúmplice e de algumas considerações sobre o casamento, passaremos ao objetivo principalmente de nossa proposta acadêmica, qual seja, investigar a possibilidade ou não da aplicação da Doutrina do Terceiro Cúmplice nas relações matrimoniais.

Previamente a qualquer análise, devemos considerar a natureza jurídica do casamento, uma vez que para os adeptos da teoria da instituição social, a referida doutrina seria inaplicável, haja vista a total incompatibilidade lógica, já que, como dito anteriormente, a teoria do terceiro cúmplice pressupõe a quebra de um contrato por terceiro alheio a relação contratual. Logo, não havendo relação contratual no casamento, não há que se falar na quebra de deveres contratuais.

Assim sendo, partindo-se da premissa que o casamento possui natureza jurídica de contrato, ou, ao mesmo tempo de instituição social e de contrato, seria possível a aplicação da Doutrina do Terceiro Cúmplice nas relações matrimoniais, ou seja, o amante teria a obrigação de indenizar o cônjuge traído?

Primeiramente, devemos analisar a responsabilidade entre os cônjuges, para posterior analisar a possibilidade de aplicação desta doutrina.

Como dito anteriormente, a quebra de um dever legalmente estabelecido, origina um ato ilícito, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico. Logo, o cônjuge que traiu, a princípio, comete também ato ilícito, conforme consta na redação do artigo 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Partindo-se dessa premissa, devemos nos socorrer da responsabilidade civil para saber se existe ou não o dever de indenização por parte do cônjuge que praticou o adultério.

Inicialmente, deve restar configurado à responsabilidade civil, ou seja, além da conduta, ou seja, a traição, devem estar presentes os demais elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o nexa causal, o resultado e a culpa.

Presente todos os requisitos, inclusive o dano sofrido pelo cônjuge traído, v.g., profundo abalo psicológico, é certo o dever de indenização em proveito deste. Nesse sentido encontra-se a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa. Conjunto probatório que comprova que a esposa sofreu de depressão, tendo que se afastar do ambiente da Escola. A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido. Apelação improvida.(TJ-SP - APL: 995148220078260000 SP 0099514-82.2007.8.26.0000, Relator: Pedro de Alcântara, Data de Julgamento: 24/10/2012, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/10/2012)

Contudo, a história começa a mudar quanto ao dever do amante também indenizar, e é aqui que chegamos à possibilidade ou não da aplicação Doutrina do Terceiro Cúmplice nas relações matrimoniais.

É certo que o artigo 1.566 do Código Civil envolve apenas os cônjuges, excluindo assim o terceiro (amante) que contribuiu para o adultério.

Também devemos ressaltar que muitas são as situações fáticas que podem envolver a relação entre o terceiro e o cônjuge adúltero. Melhor expressando, o terceiro pode estar de boa-fé, não sabendo que o cônjuge era casado; um dos cônjuges pode aceitar a relação extramatrimonial do outro, abrindo mão assim do dever/direito de fidelidade recíproca.

Ou seja, o que queremos aqui demonstrar é que antes de qualquer conclusão deveremos analisar o caso concreto, sendo que, se o terceiro estiver de boa-fé jamais terá que indenizar o cônjuge traído.

Adentrando agora ao campo do terceiro de má-fé, ou seja, que sabe que a pessoa com quem se relaciona é casada. Este teria a obrigação de indenização?

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico não há nenhuma norma que preveja tal dever, ou seja, o simples fato de relacionar-se com pessoa casada, não configura a prática de ato ilícito.

Nesse sentido esta a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 1122547 MG 2009/0025174-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2009)

É aqui que introduzimos a abordagem da relação entre a Moral e o Direito exposto no primeiro tópico do presente artigo científico. Certamente tal conduta não é ética/moral, muito pelo contrário, é totalmente oposta a tais valores, inclusive a dogmas religiosos tão presentes em nossa sociedade.

Em que pese à imoralidade, novamente destacamos que em certos casos a moral e o direito não se confundem, como é o presente caso, não havendo qualquer proibição jurídica, o ato do terceiro não é ilícito, mas sim lícito.

Porém, o que em nosso sentir não gera o dever de responsabilização por parte do terceiro é a simples relação com pessoa casada, o que não deve ser confundido com atos atentatórios a honra, imagem ou reputação do cônjuge traído.

Nesse sentido encontra-se o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSAS VERBAIS. DANOS MORAIS. DIFAMAÇÃO. Prova oral suficiente de que a ré difamou a autora, dizendo, alto em bom som, em pequena comunidade

rural, que ela era amante de pessoa conhecida na localidade. Ofensa à honra objetiva, passível de indenização por danos morais. Testemunhas trazidas pela ré que não presenciaram o momento das ofensas, não podendo infirmá-las. Referências trazidas pela ré, relativamente a fatos pretéritos, que não têm pertinência com o fato praticado. Forte inimizade entre as partes que não legitima as ofensas. Princípio.... (TJ-RS - Recurso Cível: 71003358298 RS , Relator: Fabio Vieira Heerd, Data de Julgamento: 26/04/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/05/2012).

Portanto, ante todo exposto, entendemos que a Doutrina do Terceiro Cúmplice não se aplica nas relações matrimoniais, mesmo para os defensores de ser o casamento um contrato, uma vez que tal doutrina foi concebida exclusivamente para evitar danos econômicos, acrescentado ao fato de que em nosso ordenamento jurídico não há nenhuma norma que considere ilícito a relação entre uma pessoa casada e um terceiro.

3 CONCLUSÕES

Atualmente vivenciamos um novo contexto em nosso ordenamento jurídico, iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, reforçado com o advento do Código Civil de 2002, contexto esse denominado de Direito Civil-Constitucional.

Nesse contexto, o Direito Civil passou por enormes transformações. No que tange respeito aos contratos, que até então tinham como sua principal diretriz a autonomia da vontade, passaram também a serem interpretados a partir da boa-fé entre seus contratantes e da função social, ou seja, que seus efeitos respeitem os interesses da sociedade e que terceiros não influenciem negativamente a execução do contrato.

Observando tais diretrizes, surge a Doutrina do Terceiro Cúmplice que atua justamente para evitar influências externas na relação contratual, possibilitando inclusive a indenização em favor do contratante lesado com tal interferência.

Transportando referida doutrina para o âmbito do Direito de Família, mas precisamente para as relações matrimoniais, entendemos não ser possível sua aplicação, por dois fundamentos:

O primeiro refere-se pelo fato de que a Doutrina do Terceiro Cúmplice foi criada e desenvolvida com cunho exclusivamente patrimonial.

Assim, mesmo para os operadores do direito que entendem que o casamento tem natureza jurídica de contrato especial, o objeto deste não seria exclusivamente patrimonial, havendo assim uma incompatibilidade lógica entre a Doutrina do Terceiro Cúmplice e sua aplicação no contrato especial do casamento.

Já o segundo fundamento refere-se ao fato de não existir em nosso ordenamento jurídico norma que proíba a relação de terceiro com pessoa casada. Apesar de se tratar, em nossa opinião, de uma conduta imoral, esta não pode ser confundida com uma conduta ilícita, uma vez que o dever conjugal aplica-se exclusivamente entre os cônjuges. Nesse mesmo sentido entende a jurisprudência pátria.

Por fim, ressaltamos que caso ocorra alguma conduta por parte do terceiro cúmplice (amante) que ofenda a honra, a imagem ou mesmo a reputação do cônjuge traído, presentes os requisitos da responsabilidade civil, haverá sim a obrigação de indenização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF, 2005.

_____. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado**

que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou participe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. **Recurso especial não conhecido.** Recurso Especial nº 1.122.547-MG (20009/0025174-6). Recorrente: G.V.C. Recorrido: V. J. D. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 10 de junho de 2009. Publicação: 27 de novembro de 2011. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6144469/recurso-especial-resp-1122547-mg-2009-0025174-6/inteiro-teor-12281844>>. Acesso em: 15/11/2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO". **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da I Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 18 de novembro de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 5 v. ISBN 978-85-02-07363-0

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** v. 4. t.1. 6ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08594-7.

_____. **Novo curso de direito civil:** abrangendo o código de 1916 e o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6 ISBN 978-85-02-09643-1

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. v. 1 (809 p.) ISBN 9788576267430

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 85-02-03577-0.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 749 p. ISBN 8502041479

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-2012. 391 p. ISBN 978-85-02-04126-4.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSAS VERBAIS. DANOS MORAIS. DIFAMAÇÃO. Prova oral suficiente de que a ré difamou a autora, dizendo, alto em bom som, em pequena comunidade rural, que ela era amante de pessoa conhecida na localidade. Ofensa à honra objetiva, passível de indenização por danos morais. Testemunhas trazidas pela ré que não presenciaram o momento das ofensas, não podendo infirmá-las. Referências trazidas pela ré, relativamente a fatos pretéritos, que não têm pertinência com o fato praticado. Forte inimizade entre as partes que não legitima as ofensas. Princípio.** Recurso Inominado nº 71003358298. Recorrente: Salete da Rosa Vedei. Recorrido: Sandra Mariza Pasquali. Relator: Desembargador Fabio Vieira Heerd. Porto Alegre/RS, 26 de abril de 2012. Publicado em: 02 de maio de 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21552498/recurso-civil-71003358298-rs-tjrs>> Acesso em: 19/11/2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, v. 821, p. 80-98.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E À IMAGEM - Empresa-autora que foi prejudicada pelo aliciamento do principal artista de sua campanha publicitária por parte da empresa-ré - Improcedência da demanda - Inconformismo - Acolhimento parcial - Requerida que cooptou o cantor, na vigência do contrato existente entre este e a autora - Veiculação de posterior campanha publicitária pela ré com clara referência ao produto fabricado pela autora - Não observância do princípio da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil - Concorrência desleal caracterizada - Inteligência do art. 209 da Lei nº 9.279/96 - Danos materiais devidos - Abrangência de todos os gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação - Dano moral - Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral - Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Ato ilícito da requerida que gerou patente dano moral e à imagem da requerente - Sentença reformada - Ação procedente em parte - Recurso parcialmente provido.** Apelação Civil nº 9112793-79.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. Apelante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Apelado: Companhia de Bebidas das Américas Ambev. Relator: Desembargador J.L. Mônaco da Silva. São Paulo/SP, 16 de junho de 2013.

Publicado em: 11 de julho de 2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116332066/apelacao-apl91127937920078260000-sp-9112793-7920078260000/inteiro-teor-116332076>> Acesso em: 19/11/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa. Conjunto probatório que comprova que a esposa sofreu de depressão, tendo que se afastar do ambiente da Escola. A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido. Apelação improvida.** Apelação Civil nº 0099514-82.2007.8.26.0000. Relator: Desembargador Pedro de Alcântara. São Paulo/SP 24 de outubro de 2012. Publicado: 31 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22581316/apelacao-apl-995148220078260000-sp-0099514-8220078260000-tj-sp>>. Acesso em: 18/11/2014.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil.** v. 5. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. v. 5 ISBN 978-85-309-3973-1.

_____. **Direito Civil.** v.3. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2010. ISBN 978-85-309-3126-1.